

Recurso 113/2013**Resolución 121/2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 11 de octubre de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución, de 2 de julio de 2013, del Director Gerente de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Alto Guadalquivir por la que se adjudican, entre otros, los lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de material de osteosíntesis y cirugía ortopédica” (Expte. PA15/APESHAG – 1234567/13), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de febrero de 2013, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato denominado “Suministro de material de osteosíntesis y cirugía ortopédica”, convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, adscrita a la entonces denominada Consejería de Salud y



Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Asimismo, el citado anuncio fue publicado, el 18 de febrero de 2013, en el Boletín Oficial del Estado núm. 42 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 1.633.053,63 euros

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación, de 23 de mayo de 2013, se procedió en acto público a la apertura del sobre nº 3 “documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación se realice mediante la aplicación de fórmulas” y se leyeron las ofertas económicas. Tras dicha lectura, la mesa advirtió que las ofertas de las entidades SMITH & NEPHEW, S.A.U. a los lotes 1 y 2 y MBA INCORPORADO, S.L. al lote 1, estaban incursas en presunción de anormalidad o desproporción, acordando la tramitación del procedimiento contradictorio previsto legalmente.

Tras la justificación oportuna por parte de la entidad recurrente y el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, la mesa de contratación, en su sesión de 14 de junio de 2013, propuso al órgano de contratación la exclusión de la oferta de SMITH & NEPHEW, S.A.U. por considerar que no era posible el



normal cumplimiento de la misma.

CUARTO. El 2 de julio de 2013, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato, acordando la previa exclusión de la oferta de la entidad recurrente en los lotes 1 y 2 del contrato, por no garantizarse su viabilidad. La citada resolución fue notificada a la recurrente y recibida por ésta mediante fax, el mismo día 2 de julio de 2013.

QUINTO. El 18 de julio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SMITH & NEPHEW, S.A.U. contra la resolución antes citada. Previamente, el 15 de julio de 2013, se presentó el anuncio del recurso en el Registro del órgano de contratación.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 18 de julio de 2013, se reclamó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente en el escrito de interposición y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

El 23 de julio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación.

SÉPTIMO. El 29 de julio de 2013, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión del procedimiento de adjudicación.

OCTAVO. Mediante oficio de 29 de julio de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que resulta procedente el recurso especial contra aquel acto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4*



En el supuesto examinado, aún cuando el acto sustantivamente impugnado es la exclusión de la licitación, como quiera que el mismo se adopta en la propia resolución por la que se adjudica el contrato, hemos de atender a la fecha de notificación de ésta para determinar si el recurso se ha presentado o no en plazo.

En este sentido, la resolución de adjudicación fue notificada al recurrente el 2 de julio de 2013, habiéndose presentado el escrito de recurso en el Registro de este Tribunal el 18 de julio, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

Asimismo, se ha presentado el anuncio previo del recurso en el Registro del órgano de contratación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

- De un lado, se alega la falta de argumentación del órgano de contratación por cuanto el mismo se limita a constatar el carácter desproporcionado de la oferta, sin esgrimir ni un solo argumento para demostrar que la misma sea imposible de cumplir. No ha habido un proceso meditado de evaluación y ponderación de las alegaciones efectuadas para fundar razonadamente la decisión final.

En este sentido, la recurrente alega que es una multinacional cuya filial opera en España desde hace más de 30 años, gozando de la máxima solvencia técnica y económica. Asimismo, indica que es fabricante y comercializadora de sus productos lo que le permite tener un control efectivo sobre el coste del producto en origen, habiendo aportado facturas que demuestran que los precios ofertados están justificados y realmente se aplican.



- De otro lado, la recurrente pone de manifiesto el agravio comparativo padecido por cuanto la oferta de MBA INCORPORADO, S.L., inicialmente incurra en presunción de temeridad, sí ha sido admitida finalmente con meras manifestaciones de parte.

En el informe sobre el recurso, el órgano de contratación manifiesta sucintamente lo siguiente:

- En el recurso se efectúan alegaciones que no se realizaron o no se señalaron convenientemente en el trámite de audiencia concedido al licitador para justificar su oferta. De este modo, la entidad recurrente alude a que es una multinacional, fabricante y comercializadora de sus propios productos, sin incidentes de incumplimientos en la Administración Pública, pero tales alegatos no se mencionaron durante la tramitación del procedimiento para determinar la viabilidad de la oferta.

- En ningún caso se justificó por la recurrente la bajada de costes de su oferta, ni se indicó si la misma afectaba a todo el sector o solo a la empresa licitadora. Es por ello que la Comisión Técnica, ante una bajada en el precio del 64,6% y el 40,6% en los lotes 1 y 2, respectivamente, y no apareciendo justificación alguna, consideró inviable el cumplimiento íntegro de la oferta.

- Respecto a las facturas de otras licitaciones aportadas por la recurrente para demostrar la viabilidad de los precios ofertados, la Comisión Técnica no las tomó en consideración al desconocer las circunstancias que regían aquellos contratos, como cantidades exigidas, características logísticas, ubicación de los centros, economías de escala etc.

- No ha habido trato desigual para la recurrente respecto al recibido por MBA INCORPORADO S.L. En el caso de esta última, teniendo en cuenta que su bajada fue de un 31,2% muy cercana, por tanto, al límite del 30% establecido en



el pliego, se consideró suficiente su justificación basada en la posesión de suficiente stock de producto y el suficiente flujo de aprovisionamiento. Así pues, las ofertas económicas de las dos entidades y la justificación de sus respectivas bajadas han sido muy diferentes.

- En esta materia opera el principio de discrecionalidad técnica.

SEXO. Para poder analizar los motivos del recurso, se ha de partir de la justificación realizada por la recurrente ante el requerimiento que le formuló la mesa de contratación y del informe emitido por el servicio correspondiente sobre la viabilidad de la oferta en cuestión.

La entidad recurrente alegó lo siguiente. *“(...) Los precios reflejados son los habituales de mercado para este tipo de productos, teniéndose en cuenta el respeto de las disposiciones relativas a la protección de empleo y condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se realizará la prestación del suministro.*

Ante dicha presunción, SMITH & NEPHEW, S.A.U. alega los siguientes puntos:

- *Que los precios ofertados en dicha licitación han sido revisados y comprobados y no observamos ninguna desviación que implique presunción de baja temeraria.*
- *Confirmar que los precios unitarios presentados en los lotes 1 y 2 no poseen ninguna desviación ya que la bajada de costes que hemos sufrido en el producto ofertado nos permite ofrecer precios más competitivos. Se adjuntan facturas que avalan dicho argumento.*

Por lo tanto, nos ratificamos, mantenemos y garantizamos en su integridad la oferta realizada.

Y para que así conste, les remitimos esta propuesta como justificación suficiente para descartar la baja temeraria de nuestra oferta.”



A la vista de la citada justificación, se emite informe técnico en el que se expone lo siguiente:

1. La afirmación de que los precios ofertados son habituales en el mercado para este tipo de productos no puede entenderse acreditada por los siguientes motivos:

- Si la oferta se ajustara a los precios de mercado con variaciones más o menos justificables, los demás licitadores habrían ofrecido precios similares. En este sentido, la oferta de la recurrente se encuentra, respecto a los lotes 1 y 2, en un 56% y un 29% por debajo de la media de las ofertas del resto de licitadores, incluyendo los que han incurrido en posibles bajas desproporcionadas.
- La recurrente no acredita suficientemente que esté ofertando precios de mercado, limitándose sin más a realizar tal afirmación.

2. la mera afirmación de que los precios han sido revisados, sin que se aprecie desviación, no es suficiente para destruir la presunción de baja temeraria.

3. La bajada de costes de la empresa en el producto ofertado no aparece justificada ni acreditada, teniendo en cuenta, además, el elevado porcentaje de baja en los dos lotes.

4. No es válida la justificación del precio mediante facturas de otros centros, pues es exigible que se precisen las condiciones de la oferta en la licitación concreta a que se concurre y no por referencia a otra.

5. La ausencia de justificación se refuerza teniendo en cuenta el notable porcentaje de baja en los dos lotes y a la vista de que también ha ofertado el máximo de bonificación (un 16%), lo que convierte en menor aún el precio a facturar.



Todas estas consideraciones fueron valoradas por la mesa de contratación al proponer al órgano de contratación el rechazo de la oferta analizada.

Pues bien, antes de entrar a analizar los alegatos del recurso, se ha de indicar que, formalmente, el órgano de contratación ha respetado los trámites del procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP para determinar si una oferta con valores anormales o proporcionales puede o no ser cumplida. En concreto, se ha dado audiencia al licitador afectado y tras el asesoramiento técnico pertinente, la mesa de contratación ha propuesto al órgano de contratación el rechazo de la oferta en cuestión, habiendo éste acordado su exclusión conforme a la propuesta realizada por la mesa.

SÉPTIMO. El primer motivo del recurso se centra en la falta de argumentación dada por el órgano de contratación para constatar el carácter desproporcionado de la oferta, no habiéndose seguido, a juicio del recurrente, un proceso meditado de evaluación para fundar aquella decisión.

No puede darse la razón al recurrente en este primer motivo esgrimido. Antes al contrario, si se observa la justificación sobre viabilidad de la oferta ofrecida por el recurrente y reproducida en el fundamento de derecho anterior, se constata fácilmente que, precisamente, es dicha justificación la que adolece de toda motivación. En este punto, asiste razón al órgano de contratación cuando esgrime en su informe que en el recurso se vierten una serie de consideraciones, como las relativas a ser fabricante y comercializador del producto ofertado, que no fueron expuestas por el recurrente cuando debió hacerlo, es decir, en el momento de llevar a cabo la justificación de su oferta presuntamente anormal.

Resulta claro, pues, que no puede suplirse por la vía ulterior del recurso lo que debió aducirse durante el procedimiento de adjudicación del contrato. Pero es más, si se atiende a la justificación del recurrente durante el procedimiento, se



constata fácilmente que la misma no arroja ninguna información útil ni motivación alguna que permita fundar la viabilidad de los precios ofertados. Por el contrario, el informe técnico en que se apoya la mesa de contratación y posteriormente, el órgano de contratación al asumir la propuesta de aquélla, sí contiene las razones que avalan la decisión adoptada, sin que este Tribunal aprecie en las mismas error, criterio arbitrario ni desviación de poder que lleve a sostener la superación de los límites de la discrecionalidad técnica que opera en este ámbito, pues no se olvide que, en última instancia, estamos ante una cuestión de apreciación técnica por parte un servicio especializado.

No en vano dice el artículo 152.4 del TRLCSP que el órgano de contratación considerará la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos emitidos por el servicio correspondiente, a fin de estimar si la oferta puede o no ser cumplida. Queda claro, pues, el margen de discrecionalidad técnica que rige en esta materia, resultando de aplicación la ya conocida y reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido invocada por este Tribunal en muchas de sus resoluciones. Así, **la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324)** señala que *"(...)la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una*



evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.>>

Finalmente, procede indicar que difícilmente puede exigirse en el recurso un proceso más meditado de evaluación para la determinación de la viabilidad de la oferta, cuando el propio recurrente no esgrime una mínima justificación de esa viabilidad. Ante la ausencia de ésta, resultan más que suficientes las razones esgrimidas en el informe técnico combatido para considerar que la oferta no puede ser cumplida, no apreciándose vulneración de los límites marcados por la jurisprudencia al ámbito de discrecionalidad técnica de la Administración.

Para terminar con el análisis de este primer motivo del recurso, hemos de manifestar que no es posible considerar como justificación de viabilidad de la oferta, las facturas de precios ofertados en otras contrataciones. En este sentido, se comparte el criterio sustentado por el Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón, en su acuerdo 32/2011 de 22 de diciembre, cuando afirma que *“No cabe admitir, como señala la recurrente, que para la justificación de su oferta tengan en cuenta información de otras licitaciones ajenas a los documentos de licitación, pues, como señala Expo en su informe, esta información se utiliza prescindiendo absolutamente de si los respectivos adjudicatarios estaban incursos en baja desproporcionada ni si, en su caso, justificaron debidamente su oferta (...). Y, en todo caso, como señala el artículo 136.3 LCSP, la justificación exige la precisión de las condiciones de la oferta, lo que en ningún caso puede realizarse por comparación a otras licitaciones”*

OCTAVO. El otro motivo del recurso se refiere al agravio comparativo padecido por la recurrente, por cuanto la oferta de MBA INCORPORADO, S.L., inicialmente incurso en presunción de temeridad, sí ha sido admitida finalmente con meras manifestaciones de parte.



Sobre tal extremo, hemos de indicar que no cabe alegar trato desigual ante supuestos diferentes. En este sentido, como indica el órgano de contratación en su informe sobre el recurso, ni las bajas en los precios ofertados son iguales, ni la motivación de dichas bajas por parte de ambas empresas (la recurrente y MBA INCORPORADO, S.L) se basan en los mismos argumentos o razones.

Como se expone en el informe técnico y señala el órgano de contratación en sus alegaciones al recurso interpuesto, no es igual el porcentaje de baja en el precio ofertado por la recurrente (64,6% y 40,6% en los lotes 1 y 2, respectivamente) que el porcentaje de baja ofertado por la otra empresa (31,2%, muy cercano al 30% fijado en el Anexo VII-B del PCAP como límite por debajo del cual es posible apreciar anormalidad o desproporción en la oferta). Así pues, si bien ambas ofertas superaron el parámetro fijado en el pliego y por ello tenía que justificarse su viabilidad en los dos casos, es obvio que se imponen razonamientos de más peso o solidez a medida que la bajada es mayor, pues el incumplimiento resulta más probable cuanto mayor sea la desproporción o anormalidad padecida.

A mayor abundamiento, en el supuesto examinado, se ha de reiterar que la recurrente no alega ninguna razón que destruya la presunción de temeridad. Se limita a manifestar que los precios ofertados han sido revisados y comprobados sin que se observe ninguna desviación y que tales precios son posibles gracias a la bajada de costes experimentada en el producto ofertado, pero sin detallar a qué obedece esa bajada de costes. Se trata, pues, de una mera confirmación de cumplimiento donde no se explicitan, como exige el artículo 152.3 del TRLCSP, las causas o razones que lo posibilitan. En este punto, también se ha indicado que la justificación requerida no puede suplirse por aportaciones de facturas correspondientes a otros contratos distintos, cuyas condiciones y requisitos concretos se desconocen.



En cambio, MBA sí aduce, al menos formalmente, razones que el órgano de contratación ha considerado suficientes teniendo en cuenta su mínimo porcentaje de baja respecto al límite del pliego. De este modo, se ha estimado la viabilidad de la oferta por disponer de suficientes stock de producto y suficiente flujo de aprovisionamiento como para poder suministrar holgadamente a demanda del hospital durante todo el plazo de vigencia del contrato, razones éstas que, sin entrar en más consideraciones, arrojan más justificación que la mera afirmación de que se puede cumplir.

A lo anterior se une la circunstancia de que la decisión de admitir la oferta de MBA está razonada técnicamente y no se aprecia en dicho razonamiento error, desviación de poder o arbitrariedad que justifique la anulación del acto, por desbordar los límites de la discrecionalidad técnica, que es lo que corresponde hacer en la sede de este órgano.

Es por ello que este Tribunal no puede apreciar desigualdad en el trato de ambos licitadores, ni arbitrariedad a la hora de rechazar una oferta y admitir otra.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMITH & NEPHEW, S.A.U.** contra la resolución, de 2 de julio de 2013, del Director Gerente de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Alto Guadalquivir por la que se adjudican, entre otros, los lotes 1 y 2 del contrato denominado “Suministro de material de osteosíntesis y cirugía ortopédica” (Expte. PA15/APESHAG – 1234567/13)



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado mediante Resolución de este Tribunal, de 29 de julio de 2013.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

